T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Causa Especial Nº: 20048/2009

Fallo/Acuerdo: INADMISIÓN

Procedencia:

Fecha Auto: 06/05/2010

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: AMV

***Causa Especial. Incidente de Recusación.**

Causa Especial Nº: 20048/2009

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Andrés Martínez Arrieta

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil diez.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de Abril pasado el Excmo. Sr. Magistrado Instructor designado en la presente causa especial, dictó Auto en cuya parte dispositiva, DICE:

DISPONGO: *Que ha lugar a proceder contra D: Baltasar Garzón Real por el hecho que dejamos indicado en el último fundamento jurídico en cuanto constitutivo de delito de prevaricación, siguiendo el procedimiento por los trámites previstos en los artículos 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.-Dese traslado de las actuaciones seguidas ante este Instructor, mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a todas las partes acusadoras por plazo común de diez días, para que soliciten, si así lo entienden procedente, la apertura del juicio oral, debiendo en dicho plazo formalizar escrito de acusación o, en caso contrario, soliciten el sobreseimiento de la causa y, sólo excepcionalmente, diligencias complementarias, si entendieren que concurre el supuesto del apartado 2 del citado artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...."*

SEGUNDO.- Notificado el anterior Auto, dentro del plazo establecido, el Ministerio Fiscal por escrito de 22 de Abril interesó su oposición a la apertura del Juicio Oral y el Sobreseimiento de la causa.- La representación procesal del Sindicato de Funcionarios "Manos Limpias" y de la Asociación Civil "Libertad e Identidad", por escrito presentado el 20 de Abril, interesó la apertura del Juicio Oral formulando acusación contra D. Baltasar Garzón Real.- La representación procesal de Falange Española de Las Jons, por escrito presentado el 19 de Abril interesó la apertura de Juicio Oral formulando acusación contra D. Baltasar Garzón Real.

TERCERO.- Por Auto de 20 de Abril pasado el Excmo. Sr. Magistrado Instructor acordó:

*"....**DISPONGO:** Que no ha lugar a admitir el escrito presentado por el Procurador Sr. Domínguez en representación de la parte acusadora "Falange Española de las JONS" a la que se **requerirá** para que en término de una audiencia subsane el defecto que se deja indicado, con expresa **advertencia** de que, de no cumplimentar el requerimiento se le tendrá por precluida en el derecho a formular acusación....."*

Y por providencia de 21 de Abril dispuso:

*".....Visto el escrito presentado por el Procurador Sr. Peñalver en la representación que tiene acreditada como parte acusadora, atendiendo a los mismos criterios que se han dejado establecidos en el auto dictado en esta causa en fecha 20 de abril, **REQUIÉRASELE** para que subsane los siguientes defectos formales: Excluir del apartado "I HECHOS PUNIBLES", correspondiente a la conclusión primera del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los párrafos agrupados bajo la rúbrica **"I.Antecedentes"** (páginas 2 a 7 del escrito) por incluir hechos ajenos a los*

que constituyen el objeto del proceso.- Excluir del mismo apartado "I HECHOS PUNIBLES" los párrafos agrupados bajo las rúbricas ***B. Injusticia (antijuridicidad) de las resoluciones*** *(página 20 a 63 del escrito) y* ***C. Concurrencia del elemento subjetivo "a sabiendas"*** *en lo que exceda de la mera afirmación de que el acusado actuaba "a sabiendas" (página 63 a 68 del escrito) por cuanto, pese a circunscribirse a argumentaciones de naturaleza jurídica dirigidas a argumentar la corrección de la imputación penal, son extemporáneas y van más allá del límite requerido por el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citado.-Todo ello con el* ***APERCIBIMIENTO*** *de que, de no efectuarse nueva formulación del escrito en el plazo de una audiencia, en la decisión a que se refiere el artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se procederá en consecuencia en lo que respecta a la determinación del objeto del juicio.....".*

CUARTO.- La representación procesal del Sindicato "Manos Limpias" y de la Asociación Civil "Libertad e Identidad" por escritos presentados el 22 de Abril , evacuó el traslado conferido en el plazo indicado en la anterior providencia.- No habiéndose recibido escrito alguno de la representación procesal de Falange Española de las Jons dentro del plazo indicado.

QUINTO.- El Excmo Sr. Magistrado Instructor por providencia de 23 de Abril pasado y a la vista de la diligencias extendida por la Ilma. Sra. Secretaria Judicial de esta Sala de esa misma fecha, acordó:

".....Dada cuenta, los escritos presentados por el Procurador Sr. Peñalver Garcerán, en nombre y representación del Sindicato MANOS LIMPIAS y la Asociación Civil LIBERTAD E IDENTIDAD, únanse a la pieza de su razón y se tiene por cumplimentado el requerimiento efectuado.- Y no habiendo atendido al mismo el Procurador Sr. Domínguez Maestro en la representación que ostenta de FALANGE ESPAÑOLA DE LAS JONS, se le tiene por precluido en su derecho a formular acusación y apartado de la querella con los efectos del art. 274 párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....".

SEXTO.- Con fecha 23 de Abril pasado la representación procesal de D. Baltasar Garzón Real, presentó en el Juzgado de Instrucción núm. 27 de Madrid, en funciones de guardia, escrito formulando recusación contra el Excmo. Sr. Magistrado Instructor de la presente causa D. Luciano Varela Castro por *"haber manifestado interés indirecto en el procedimiento y parcialidad en el mismo".-*

SÉPTIMO.- El Magistrado Instructor recibido el escrito de recusación, acordó por providencia de 27 de Abril, formar pieza separada de recusación y dar traslado a las demás partes a los efectos del art. 223.3 de la LOPJ.

OCTAVO.- Evacuados que fueron los traslados, el Ministerio Fiscal por escrito de 3 de mayo interesó la desestimación del incidente de recusación planteado, *por no ajustarse a ninguna de las causas procesales que lo harían posible.-*

La representación procesal del Sindicato "Manos Limpias" y de la Asociación Civil "Libertad e Identidad" por escrito de 3 de mayo interesó su posición a la recusación planteada.

La representación procesal de Falange Española de las Jons por escrito de 30 de Abril interesó su oposición a dicha recusación.

NOVENO.- El Magistrado Instructor en fecha 4 de Mayo evacuó informe que establece el art. 223.3 de la LOPJ y que obra unido a la pieza.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La recusación, de acuerdo al art. 223.2 de la LOPJ, puede ser inadmitida a trámite cuando no se expresen los motivos en que se funden o no acompañen los documentos a los que se refiere el apartado 2 del art. 223 de la misma ley. Además, de acuerdo a anteriores precedentes de esta Sala y de la Sala especial prevista en el art. 61 de la LOPJ, debe entenderse que el requisito de la exigencia de expresión de los motivos en que se funden requiere "una precisa y concreta causa que, al menos *prima facie*, y como juicio de probabilidad puedan existir meritos para abrir el expediente, de forma que si de manera patente los hechos que pudieran dar sustento a la pretendida causa de recusación carecen de toda entidad, procedería el rechazo *a limine* de la recusación, como prevé el art. 225.3 cuando dice ".. en caso contrario el instructor si admitiese a trámite la reacusación propuesta, ordenará la práctica,…". (Auto de 22 de junio de 2007, en causa especial 329/2007).

SEGUNDO.- El recusante imputa al magistrado instructor de la causa especial 20048/2009 que ha actuado sin cobertura legal en la adopción del Auto de 20 de abril de 2010 y de la providencia de 21 de abril siguiente y esa falta de cobertura la refiere a la petición de subsanación y a la concesión de un plazo para su realización. En este sentido, se afirma que el instructor "está interviniendo en el contenido material de los escritos de acusación, lo cual quiebra las normas esenciales del procedimiento… requiriéndolas [a las acusaciones] expresamente a que sustituyan unos escritos defectuosos por unos nuevos a los que el mismo instructor pueda reconocer plena eficacia procesal". Es decir, el presupuesto de la recusación es la oportunidad de subsanación concedida a las acusaciones y la disposición de un plazo para realizarla. La misma falta de cobertura de las decisiones adoptadas en la instrucción de la causa ha sido objeto de impugnación ante la Sala competente en el proceso penal.

Por lo tanto, en relación con el mismo hecho, el recusante plantea una doble pretensión. Primero, una revisora, en sede jurisdiccional, ante la Sala que esta conociendo del hecho punible que se investiga, y, otra, como fundamento de la recusación que analizamos. En ambas expresa un mismo presupuesto, la falta de cobertura legal para la subsanación que acuerda. Desde esta perspectiva, la recusación carece de la expresión, precisa y concreta, del contenido en que se funda, porque en la recusación parte de la ilegalidad de la resolución para afirmar la afectación de su imparcialidad, ilegalidad que el mismo recusante discute ante el órgano jurisdiccional que conoce de la causa.

Este instructor del incidente de recusación no puede pronunciarse sobre la regularidad de la actuación del instructor de la causa que el recusante discute, pues no es competente, sin perjuicio de serlo en relación con lo que pudiera significar una pérdida de imparcialidad. Por ello, al solo efecto de proporcionar una respuesta a la pretensión deducida en este incidente, constatamos que, de conformidad con el art. 781.1 de la ley procesal, la resolución sobre acomodación de los escritos de calificación de las partes acusadoras al Auto de hechos punibles del art. 779.4 de la ley procesal, resulta procedente por la propia naturaleza del acto procesal y con fundamento en la necesidad de controlar la correspondencia entre la determinación de los hechos punibles realizados por el Juez instructor (art. 779.4) y los escritos de calificación de las acusaciones y su incorporación al

proceso, para asegurar el cumplimiento de las exigencias de correlación entre el marco establecido por el instructor y los escritos de las acusaciones, a manera de medida de ordenación y control del proceso, para garantía de las partes, particularmente de la defensa, que no debe verse sorprendida por una acusación de hechos que no se contengan en el Auto del art. 779.4 de la ley procesal. En este sentido, como precedentes jurisprudenciales podemos citar el Auto de esta Sala 19 de julio de 1997, causa especial 880/1991 y la doctrina del Tribunal Constitucional cuando remarca que es preciso el examen de los términos de la acusación pues no caben acusaciones vagas, imprecisas, etc., que hagan que el acusado no sepa sobre qué se le acusa. Por consiguiente, se hace necesario un control sobre la acusación frente a la que el acusado debe defenderse (STC 299/2006, de 23 de octubre).

En el presente supuesto, el instructor dicta dos resoluciones, correspondientes a los escritos presentados por las dos personaciones como acusadores en la causa, las cuales deben examinarse separadamente: a) en el auto de 20 de abril de 2010, anticipa la gravedad de la falta de acomodación del escrito de calificación con el auto de determinación de hechos punibles, y fruto de esa consideración dicta un auto, una resolución motivada, para advertir a la parte de la preclusión del derecho a formular acusación y dispone la posibilidad de subsanación en un plazo de una audiencia; b) con relación a la providencia de 21 de abril, el presupuesto sobre el que actúa es distinto. Aquí la falta de acomodación es de menor importancia y la providencia lo califica de "defectos formales" que relaciona, y con remisión a la argumentación del precedente Auto, dispone la posibilidad de subsanación.

Esa subsanación, y por lo tanto la concesión de un plazo, es una consecuencia de una interpretación constitucional del proceso penal. Así, la STC 147/97, de 16 de septiembre, con cita de varias anteriores, advertía que "el derecho a la tutela judicial impide la clausura de un procedimiento por defectos que puedan subsanarse, sin perjuicio de otros derechos o intereses igualmente legítimos y obliga al órgano judicial a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada de los presupuestos procesales que le conduzca a negar el acceso a la jurisdicción, debiendo, en su lugar, utilizar aquella que resulte ser la más favorable al ejercicio del derecho a la tutela judicial, concediendo a la parte la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones procesales que sean susceptibles de subsanación". La STC

130/1998, de 16 de junio, refuerza el argumento, anteriormente expuesto, de la necesidad de proceder a un examen de los escritos de acusación y de comprobar la correlación entre el auto de hechos punibles y los escritos de acusación, que deberá realizarse desde una interpretación constitucional del proceso. El Tribunal Constitucional, en esta Sentencia, aunque referida al proceso laboral en el que se prevé que el Juez debe conceder un plazo de subsanación de los defectos de la demanda, señala que dicha "atribución es constitucionalmente inobjetable, puesto que responde a una finalidad razonable y necesaria… y no se trata de una mera facultad, sino de una auténtica obligación del órgano judicial dirigida a garantizar los derechos e intereses legítimos deducidos en una demanda laboral…", añadiendo "el juzgador debe advertir a la parte actora la existencia de defectos en la demanda y concederle un plazo de subsanación".

Por consiguiente, las resoluciones dictadas por el instructor en la causa penal son adecuadas a lo establecido en la Ley procesal penal, por lo tanto, no pueden objetivizar la perdida de imparcialidad que se denuncia. Tampoco cabe hablar de parcialidad del instructor por tomar una decisión que persigue reforzar y actuar las garantías derivadas del principio acusatorio que ampara al imputado en el procedimiento penal. Como concluye el Ministerio fiscal, en su informe sobre la recusación planteada, "la vía de la recusación utilizada [es] absolutamente inviable por carecer de fundamentación y justificación alguna".

TERCERO.- Además, partiendo de lo indicado anteriormente, esto es, que conforme a la Ley procesal penal el juez instructor puede y debe examinar la correlación entre el auto de hechos punibles y los escritos de acusación de las partes, es evidente que tal control, lo puede ejercer bien por sí mismo, bien concediendo a la partes un plazo para realizar la adecuación que él considera indispensable para mantener la adecuada correlación. Por lo tanto, el auto de fecha 20 de abril y la providencia de 21 de abril, no son mas que manifestación del deber que la ley procesal impone al juez de instrucción, y el que sea realizado por el instructor, o por la parte una vez ha sido advertida del defecto, no sustancial, no objetiviza la pérdida de imparcialidad que se denuncia.

CUARTO.- La inadmisión a trámite del incidente de recusación es motivo para excepcionar de este supuesto el criterio legal sobre condena en

costas al recusante. De conformidad con el art. 228 LOPJ, las costas serán impuestas al recurrente, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: INADMITIR la recusación planteada por la representación procesal de D. Baltasar Garzón por escrito presentado el 23 de Abril pasado, acordando devolver al Magistrado recusado D. Luciano Varela Castro, instructor de la causa especial 20048/2009, el conocimiento de la misma, en el estado en que se hallare, sin condena expresa en costas.

Así lo acuerda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor de lo que como secretaria, certifico.